



UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

Procriação Medicamente Assistida **Maternidade de Substituição**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientador: Mestre Rafael Vale e Reis

Sandrine Ramos Pereira

Coimbra

Janeiro de 2016

“A história humana é o resultado do conflito dos nossos ideais com as realidades, e a acomodação entre os ideais e as realidades determina a evolução peculiar de cada nação”.
(Lyn Yutang)

Nota prévia:

Esta dissertação é redigida sob o antigo acordo ortográfico.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

art.	artigo
arts.	artigos
al.	alínea
C.C.	Código Civil (português)
CRP	Constituição da República Portuguesa
CNECV.	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CNPMA.	Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
DUDH	Declaração Univesal dos Direitos do Homem
OMS	Organização Mundial de Saúde
pp.	paginas
p.	página
p. ex.	por exemplo
PMA.	Procriação Medicamente Assistida
LPMA	Lei da Procriação Medicamente Assistida
séc.	século

ÍNDICE

Índice

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I- PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	9
1 Noção.....	9
2. Principais técnicas de PMA	9
3. Maternidade de substituição	10
CAPÍTULO II - PROBLEMATIZAÇÃO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO ..	12
CAPÍTULO III - DIREITOS CONSTITUCIONAIS	15
1. Direitos e deveres Fundamentais	15
2. Direitos, liberdades e garantias.....	16
3. Direitos e deveres económicos, sociais e culturais	17
CAPÍTULO IV - DIREITOS CONSTITUCIONAIS VS MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO.....	18
1. Dignidade da pessoa humana e autonomia privada	18
2. Princípio da Igualdade	20
3. Família	22
4. Direito pessoais.....	24
CAPÍTULO V - ADOÇÃO VS MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO.....	27
1. Adopção e suas características.....	27
2. Adopção (requisitos)	29
3. Estatísticas sobre a adopção.....	30
4. Adopção VS Maternidade de Substituição	30
CAPÍTULO VI - ALTERAÇÃO À LPMA	33
1. Projectos lei	33
2. Sentimento chamado arrependimento	35
CAPÍTULO VII - BREVE OLHAR SOBRE A PMA NO DIREITO COMPARADO	40
CAPÍTULO VIII - CONCLUSÃO	42
BIBLIOGRAFIA	
1. Referências Bibliográficas.....	45

2. Referência Electrónicas	
2.1. Notícias	46
2.2. Legislação	47
3. Legislação	47

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como tema a Procriação Medicamente Assistida (PMA) e como sub-tema a Maternidade de Substituição.

Se tivesse uma máquina do tempo que permitisse retroceder até ao séc. XIX para anunciar que um século depois seria possível através de técnicas existentes de procriação medicamente assistida a criação de uma vida humana, muito provavelmente mais de 90% das pessoas não acreditaria nas minhas palavras. Apesar de ao longo dos séculos se conseguir encontrar relatos sobre acontecimentos que incluem estas técnicas, dando como exemplo de Sara, mulher de Abraão, que lhe pediu que tivesse um filho com Hagar, sua criada, para que pudesse assim tornar-se mãe¹, sendo possível encontrar este episódio na Bíblia.

Segundo um estudo realizado pela Sociedade Portuguesa de Medicina de Reprodução em parceria com a Merck, um em cada seis casais são inférteis estimando ainda que 8% das mulheres portuguesas sofram de infertilidade na idade reprodutora. A infertilidade é reconhecida pela Organização Mundial de Saúde como um problema da saúde pública.

Num entanto muito se deve aos estudos realizados na área da reprodução humana, ao seu avanço científico, porque sem eles não teria sido possível a 25 de Julho de 1978, em Inglaterra, o nascimento do primeiro bebé proveta de nome Louise Brown. Em Portugal, tal aconteceria a 25 de Fevereiro de 1987, nascendo assim Carlos no hospital de Santa Maria em Lisboa.

O último relatório de actividade desenvolvida pelos centros de PMA, elaborado em 2013, pelo Concelho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, indica que 2,5% dos nascimentos em Portugal neste mesmo anos foram concebidos com o recurso a estas técnicas. Esta percentagem representa o nascimento de 2091 crianças².

Segundo a Sociedade Europeia de Reprodução Humana e de Embriologia, em 2012, cerca de 350 000 crianças são concebidas anualmente através de técnicas de PMA, representando assim 0,3% dos 130 milhões de bebés que nascem mundialmente. Estima-se

¹ Bíblia, Génesis, 30, 3.

² Informação retirada do site <http://www.jornalmedico.pt/2015/09/11/pma-fez-nascer-mais-de-2-000-criancas-em-2013-menos-que-em-2012/>

que desde 1978, cerca de 5 milhões de crianças nasceram em todo mundo graças ao recurso destas técnicas³.

Todas estas crianças foram concebidas através destas técnicas e geradas no útero da mãe. O problema é quando a mulher não tem capacidade para conseguir gerar e desenvolver a criança. Como se resolve esta questão? Será que simplesmente se diz para esquecer este sonho, que poderá adoptar, ou simplesmente nada fazer porque não há solução para o seu problema.

Então e o direito à igualdade? O direito a constituir família? Direitos estes inseridos como direitos fundamentais da nossa CRP.

A maternidade de substituição é uma das formas de PMA, mas proibida no nosso ordenamento jurídico, apesar de poder ser para casos como o que acabei de referir, a solução indicada para a resolução do problema em si.

Sei que este tema é polémico em muitos aspectos, a nível médico, legal, biológico, cultural, entre outros, sendo no meu entender a nível moral o mais polémico e de um certo modo entendo porquê. Só partilho da opinião de que não devemos deixar de evoluir em todos os aspectos, de tentar solucionar problemas que podem ter solução e neste caso ela existe.

A opinião de que existe a adopção para colmatar estes casos não deve servir como desculpa para não se encontrar uma base legal para resolução do problema. Na minha opinião não se pode comparar uma adopção com uma maternidade de substituição. O processo de adopção é um longo, um desgastante caminho e no fim pode vir mesmo a ser negado. Por mais que se diga que não, o elo de ligação à criança será sempre diferente nos dois processos, na minha opinião mais uma vez.

Tentarei através da minha dissertação, demonstrar que de forma correcta e legal, a maternidade de substituição poderia ser admitida concedendo assim a possibilidade de vários casais verem o desejo de serem pais concretizado, de puderem constituir uma família.

³ Informação retirada do site <http://lifestyle.sapo.pt/saude/noticias-saude/artigos/cerca-de-cinco-milhoes-de-criancas-ja-nasceram-por-fertilizacao-in-vitro>.

CAPÍTULO I - PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

1 Noção

PMA define-se como um processo segundo o qual são utilizadas técnicas médicas para auxílio da reprodução humana.

Em Portugal, a PMA encontra-se regulada na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho. O regime jurídico português pressupõe que estas técnicas são actos médicos⁴, que apenas se poderão aplicar perante diagnóstico de infertilidade, para tratamentos de doença grave, risco de transmissão de doenças graves de origem genética, infecciosa ou outras, sendo um método subsidiário⁵.

É na própria lei que estas técnicas se encontram enumeradas⁶: inseminação artificial; fertilização *in vitro*; injeção intracitoplasmática de espermatozóides; transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; diagnóstico genético pré-implantação; outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

De salientar que estas técnicas devem respeitar a dignidade humana, sendo proibido a discriminação com base no património genético ou pelo facto de se ter nascido em resultado de uma delas⁷.

2. Principais técnicas de PMA

Inseminação artificial é utilizada em casos de alterações na ejaculação e alterações nos espermatozóides, distúrbios de ovulação, alteração das trompas de Falópio, entre outros. Consiste na introdução artificial, utilizando cateter apropriado, de esperma (que poderá ser do cônjuge ou de dador) no órgãos genitais da mulher. O sémen é inseminado após diversas preparações laboratoriais ou logo após a respectiva colheita⁸.

Fertilização *in vitro*, é indicada para situações em que existe lesão das trompas ou laqueação irreversível destas, endometriose, infertilidade masculina, entre outros. Esta técnica envolve a aspiração de ovócitos antes da ovulação, para de seguida se realizar inseminação “*in vitro*” com espermatozóides seleccionados e transferência de embriões

⁴ Art. 11º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁵ Art. 4º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁶ Art. 2º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁷ Art. 3º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

⁸ Relatório sobre PMA do CNECV, Julho 2012, p. 8.

resultantes da fecundação “in vitro” para o interior da cavidade uterina. Trata-se de um procedimento de fecundação extracorporal, não ocorrendo o encontro gamético na trompa de Falópio mas sim num ambiente laboratorial e sendo os embriões deste modo obtidos, transferidos para o útero por intermédio de um cateter que franqueia o colo uterino através da via vaginal⁹.

A transferência tubar de gâmetas, realiza-se através da transferência de ovócitos e espermatozóides, previamente preparados em laboratório, para uma ou ambas as trompas de Falópio¹⁰.

A transferência de zigotos ou de embriões para a trompa, implica uma prévia etapa em laboratório semelhante à realizada para a fecundação “in vitro”, sendo a colocação dos produtos de concepção na trompa realizada após um período de permanência em meio laboratorial que seja suficiente para assim assegurar a existência da fecundação ovocitária ou já de clivagem embrionária¹¹.

Estas transferências são realizadas no decurso de uma celioscopia ou laparoscopia, implicando a realização de uma cirurgia com anestesia geral. A colheita ovocitária normalmente é efectuada por via vaginal, através de punção guiada por ecografia, diminuindo o tempo operatório¹².

3. Maternidade de substituição

A maternidade de substituição pode utilizar uma das técnicas de PMA. Pode-se definir como um acordo mediante o qual uma mulher aceita gerar um filho, fazendo-o nascer e de seguida, entregá-lo a outra mulher, renunciando em favor desta, todos os direitos sobre a criança e renunciando assim, à própria qualificação jurídica de “mãe”¹³.

A lei entende que maternidade de substituição é qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e que, após o nascimento da criança ela seja entregue, renunciando assim aos poderes e deveres próprios de uma maternidade¹⁴.

⁹ Relatório sobre PMA do CNECV, Julho 2012, p. 8.

¹⁰ Relatório sobre PMA do CNECV, Julho 2012, p. 8.

¹¹ Relatório sobre PMA do CNECV, Julho 2012, p. 9.

¹² Relatório sobre PMA do CNECV, Julho 2012, p. 9.

¹³ Guilherme de Oliveira, *Mãe há só Uma (Duas)! (O Contrato de Gestação)*, 1992, Coimbra Editora, p. 9.

¹⁴ Art. 8º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

O mais comum dos exemplos de maternidade de substituição consiste na utilização do óvulo da mãe substituta e este é fecundado com o esperma do membro masculino do casal contratante¹⁵. Mas existem outras possibilidades: os gâmetas masculinos (espermatozóides) são do membro do casal mas os femininos (óvulos) são doados por uma dadora; o embrião é fecundado com material biológico (gâmetas masculinos e gâmetas femininas) de ambos e só depois é transferido para uma outra mulher que o irá gerar; os espermatozóides são de um terceiro, mas os óvulos fecundados são do membro feminino do casal contratante, sendo o embrião transferido para uma outra mulher que o irá gerar; o embrião resulta da fecundação entre o espermatozóide de um dador (que poderá ser do próprio elemento masculino do casal contratante) e do óvulo da mulher que procederá à gestação; por ultimo, todo o material biológico ser de dadores e ser transferido o embrião para a mulher que o irá desenvolver, a mãe de substituição¹⁶.

Sobre estas hipóteses enunciadas, pode-se dizer que existe um elo genético entre o feto e um ou ambos os elementos do casal, que será transmitido através do espermatozóide ou pelo óvulo. Nas duas ultimas hipóteses, não existe vinculo biológico entre o feto e os elementos da casal contratante¹⁷.

Encontra-se várias terminologias para denominar a mãe gestante: mãe de aluguer, mãe hospedeira, mãe de substituição¹⁸. Mãe gestante seria a denominação mais correcta, na minha opinião, visto que é isso que se trata: uma mulher que irá gerar um embrião no seu útero pelo facto de outra não o conseguir fazer por motivos de saúde de vária ordem. A designação de “mãe” é usada por ser ela a gestante porque após o nascimento irá entregar a criança tal como foi acordado, não fazendo grande sentido no meu entender o uso desse termo. A criança será gerada já com o intuito de ser entregue na altura devida e apesar de partilharem o mesmo corpo durante 9 meses, a ideia de que a criança não ficará com a gestante cria à partida um compromisso no normal processo de vinculação, mesmo acreditando que se irão criar sempre elos de ligação entre ambos e que em alguns casos venham a fazer com que a criança não seja entregue.

¹⁵ Vera Lúcia Raposo, *De Mãe para Mãe*, 2005 Coimbra Editora, p. 13.

¹⁶ Vera Lúcia Raposo, *De Mãe (...)* ob. cit., p. 14.

¹⁷ Vera Lúcia Raposo, *De Mãe (...)* ob. cit., p. 14.

¹⁸ Guilherme de Oliveira, *Mãe há (...)* ob. cit., p.9.

CAPÍTULO II - PROBLEMATIZAÇÃO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

A maternidade de substituição é considerada um negócio jurídico nulo independentemente de ser a título oneroso ou gratuito¹⁹, sendo mesmo punível com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias caso seja a título oneroso²⁰.

A nível do ordenamento civil ambas as modalidades serão consideradas também nulas, isto é: sendo oneroso, o art. 280º do C.C. refere que devido ao facto de violar a dignidade da mulher por estar a vender a sua capacidade reprodutora e a dignidade do filho, que é objecto de avaliação de dinheiro e assim constituindo uma ofensa à ordem pública, será nulo; sendo gratuito, será nulo porque colide com princípios fundamentais do direito da família pois nos termos do art. 1796º do C.C., mãe será a que deu à luz e a sua obrigação de entregar a criança após o parto entra em conflito com o art. 1982º n.º 3 do C.C., que nos diz que só será considerado válido o consentimento da mãe biológica para a adopção decorridas seis semanas após o parto²¹.

Do direito romano herdou-se vários princípios fundamentais, um dos quais “*mater certa est*”. Este princípio funda-se na certeza de que mãe é a mulher que pare aquele filho. Mas não se pode esquecer de que os avanços a nível biomédico são enormes e que este princípio poderá começar a não ter grande sentido nos tempos em que se vive actualmente. Como se sabe o ser mãe nem sempre é uma escolha pessoal, fruto da sua vontade, e o facto de o ser não quer dizer que essa criança venha a ser tratada da melhor maneira, com as melhores condições e num seio familiar adequado.

Como já foi referido, a maternidade de substituição consiste num acordo das partes em que uma mulher irá gerar uma criança para após o nascimento entrega-la a um casal que irá cria-la como se fosse filho deles. Um dos grandes problemas é a validade deste acordo que não deixa de ser um contrato e neste caso de gestação. Estes contratos deverão só ser válidos sendo eles não oneroso. Partilho da opinião de que não poderá existir uma quantia a pagar pelo bebé, não se pode “coisificar” um ser humano pois esse não tem preço, não se compra uma vida, vai contra o princípio da dignidade humana. Apesar de no

¹⁹Art. 8º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

²⁰Art. 39º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

²¹Rafael Vale e Reis, *Responsabilidade penal na procriação medicamente assistida*, in Revista Portuguesa de Direito da Saúde, 2010, p. 88.

meu entender, dever existir um apoio financeiro de modo a que haja ajuda a nível do acompanhamento médico e medicação que seja necessária, despesas estas que seriam igualmente realizadas caso não fosse necessário recurso à maternidade de substituição.

No parecer dado pelo CNECV sobre a PMA e a gestação de substituição quanto ao contrato²², encontra-se as condições por eles exigidas tal como: o consentimento poder ser revogado pela gestante de substituição desde o início do contrato até ao início do parto; o contrato ter que incluir disposições a observar em caso de a criança nascer com malformações, doenças fetais ou uma eventual interrupção voluntária da gravidez; bem como o contrato não poder impor restrições de comportamento à gestante de substituição.

Quanto aos elementos do contrato, este deverá ser por escrito e ser o mais completo possível estando nele indicado todos os direitos e obrigações de ambas as partes inerentes a este acordo. Será uma salvaguarda para ambas as partes.

Existem países onde a maternidade de substituição não é ilegal, entre eles está p. ex. Grécia, Brasil, Ucrânia. No Reino Unido é expressamente proibida com fins lucrativos, sendo somente permitidos os contratos com fins altruísticos. Em contrapartida, em alguns estados dos EUA, existe mesmo a possibilidade de se pagar um valor pecuniário para obter a prestação do serviço.

Devido ao facto de em alguns países não ser ilegal e existir a possibilidade de se pagar um montante, cria-se aqui um grave problema: a criação de um negócio em torno de algo que simplesmente deveria ser feito com o objectivo de ajudar uma família que não pode ter filhos. Citando João Carlos Loureiro “... *O desejo – compreensível e humano – das alegrias da maternidade e da paternidade cruza-se com a necessidade de muitos, em regra vítimas da pobreza atroz, em quotidiana luta pela sobrevivência, ou, excepcionalmente, incapazes de resistir à sedução de uma sociedade que idolatra o consumo ...*”²³. A sua finalidade deveria ser apenas altruísta e não num modo de obter uma contrapartida financeira. E mais uma vez nestes casos, estaremos perante desigualdade de oportunidade: nem todos os casais terão possibilidade de pagar milhares para ver o seu sonho realizado.

Surge neste âmbito dos contratos realizados em países onde é legal a maternidade de substituição, o problema de que sendo ilegal no nosso sistema jurídico, estes serão tidos

²² Parecer n.º 63 do CNECV sobre PMA e Gestação de substituição, de 21 Março de 2012, pp. 9 e 10.

²³ João Carlos Loureiro, *Outro útero é possível, civilização (da técnica), corpo e procriação – Tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição*, 2013, Coimbra Editora, pp. 1398.

como ilegais também. Os arts. 41º, 42º e 22º do C.C., não concedem eficácia a estes contratos legais, não sendo assim aplicada os preceitos da lei estrangeira devido ao facto de se envolverem ofensas aos princípios da ordem pública internacional do Estado português como verificamos no art. 22º n.º 1 e 2 do C.C.. Será aplicada à constituição da filiação a lei pessoal dos progenitores, art. 56º n.º 1 do CC, e deverá ser identificada a parturiente para constar como mãe da criança. Caso seja dada como desconhecida a sua identidade, na declaração de nascimento ficará apenas a constar a filiação paterna²⁴.

Não poderá ficar em vão o facto de Portugal ter ratificado em 21 de Setembro de 1990 a “Convenção sobre os Direitos da Criança”. No seu art. 2º n.º 1 encontra-se que os Estados se comprometem a respeitar e garantir os direitos previstos na mesma a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma. O Estado tem o dever e obrigação de proteger a criança bem como tomar as medidas positivistas para promover os seus direitos. Na mesma convenção, os art. 7º e 8º indicam que toda a criança tem o direito de ser educada pelos seus pais e a preservar a sua identidade. Sobre este ponto, acredito que os seus futuros pais, não legais por assim dizer, que tanto a quiseram, farão tudo para que esta criança tenha a melhor educação possível, que viva num lar onde tenha amor e carinho, visando sempre o seu melhor. Não se pode aqui falar numa instrumentalização da criança, não faz sentido afirmar que ela nasceu para que a família pudesse satisfazer o seu próprio desejo de constituir uma família pois ninguém pensa em ter um filho só porque lhes apetece naquele momento, principalmente neste processo. Este princípio do melhor interesse pela criança não deveria servir como fundamento para a proibição ao acesso da maternidade de substituição porque, citando Vera Lúcia Raposo e partilhando da sua opinião: “*Se começarmos a investigar as famílias “normais”, verificando se estão ou não aptas a ter uma criança, ou aferindo a legitimidade das suas motivações, entraremos por um caminho perigoso, que denegaria direitos reprodutivos a grande parte da população*”²⁵.

²⁴ Parecer C.C. 96/2010 SJC, Instituto dos Registos e Notariados.

²⁵ Vera Lúcia Raposo, *De Mãe (...) ob. cit.*, pp. 48 e 49.

CAPÍTULO III - DIREITOS CONSTITUCIONAIS

1. Direitos e deveres Fundamentais

Pode-se hoje falar sobre direitos fundamentais devido à existência da Declaração de Direito do Estado da Virgínia de 1776 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. São estas declarações que fizeram com que hoje fosse possível a existência dos direitos fundamentais e que se pode observar logo no artigo 1º da nossa CRP.

A CRP de 1976 veio sistematizar os direitos fundamentais em direitos, liberdades e garantias e em direitos económicos, sociais e culturais. Esta sistematização corresponde à divisão presente nos dois pactos internacionais da União Europeia assinados na consequência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Pode-se definir os direitos fundamentais como “*direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente (...), direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta*”²⁶. Ser um direito fundamental, no nosso Estado constitucional de Direito, tem como significado de nas relações entre Estado e individuo existir uma força constitucional reconhecida, sobre o bem ou a situação tutelada pelo direito, elevando-o assim à qualidade de limite jurídico-constitucional à actuação dos poderes públicos²⁷.

Os direitos fundamentais estão inscritos na CRP e têm várias funções, sendo a mais importante a defesa dos cidadãos e da sua dignidade perante os poderes do Estado. Têm também a função de prestação social, isto é, o cidadão tem o direito de obter algo através do Estado, seja a nível de saúde, de educação, de segurança social, entre outros. Encontramos também a função de protecção perante terceiros (ex: direito de protecção de dados informáticos, direito de associação, entre outros) e a função de não discriminação (em virtude da religião, entre outros)²⁸.

Existem diferentes tipos de direitos fundamentais, consoante a sua classificação, mas não são por isso menos ou mais importantes entre eles, ambos possuem o mesmo valor constitucional.

²⁶ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, p. 393.

²⁷ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, p. 251.

²⁸ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional (...) ob. cit.*, pp. 407 a 410.

Há um dever estatal de respeito dos direitos fundamentais, há um dever do Estado de não intervir no plano de protecção garantida por estes. .

Na nossa CRP os princípios fundamentais encontram-se do art. 1º ao 11º, seguindo-se os direitos e deveres fundamentais que estão divididos entre: princípios gerais (art. 12º ao 23º); e direitos, liberdades e garantias (art. 24º ao 57º); direitos e deveres económicos, sociais e culturais (art. 58º ao 79º).

2. Direitos, liberdades e garantias

São de aplicabilidade directa, isto é, são regras e princípios jurídicos que são imediatamente eficazes por via directa da CRP, são normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais²⁹.

Para a sua classificação tradicional existem três critérios: critério radical subjectivo, que de acordo com este, direitos, liberdades e garantias seriam direitos com referencia pessoal ao homem individual, tratando-se assim de um critério não constitucionalmente adequado, visto existirem alguns direitos, liberdades e garantias que só podem ser titulados por pessoas colectivas (p. ex: arts. 40º, 54º, 56º, 57º); o segundo critério é o da natureza defensiva ou negativa, que numa lógica de compreensão liberal, estes direitos teriam como destinatários o Estado e, como objecto, a obrigação de abstenção do mesmo relativamente à esfera jurídico-subjectiva dos cidadãos, sendo assim, é novamente um critério não constitucionalmente adequado (p. ex: arts 40º, 35º, 53º, 57º, entre outros); como ultimo critério está o da determinação constitucional do conteúdo, isto é, são direitos cujo conteúdo é essencialmente determinado por opções do legislador ordinário, sendo apresentadas dificuldades devido à existência de direitos, liberdades e garantias que dependem de actos legislativos concretizadores (p. ex: direito à greve).

Como traços distintivos destes direitos aponta-se a sua aplicabilidade directa (devido à pretensão jurídica individual a nível constitucional), a sua determinabilidade constitucional do conteúdo (dispensa de legislação ordinária) e a exequibilidade autónoma (independência da mediação concretizadora ou identificadora dos poderes políticos).

²⁹J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional (...)* ob. cit., p. 438.

3. Direitos e deveres económicos, sociais e culturais

São direitos fundamentais, que visam garantir o acesso individual a bens de natureza económicos, sociais e culturais que estão relacionados com o bem-estar e as condições materiais da vida³⁰.

Apesar de serem sujeitos ao regime geral dos direitos fundamentais não beneficiam do regime especial dos direitos, liberdades e garantias. Muitos destes direitos consistem em direitos a prestações ou a actividades do Estado, embora alguns possuam uma natureza defensiva (p. ex: arts 61º e 62º) e outros tenham como destinatário não apenas o Estado, mas também a generalidade dos cidadãos (p. ex: arts 60º e 69º).

São normas impositivas de legislação visando primeiramente indicar ou impor ao Estado a tomada de medidas para que haja uma maior satisfação ou realização dos bens jurídicos, não sendo normas de cariz meramente organizatório pois são fornecidos através da CRP critérios de modo a determinar o conteúdo mínimo dos interesses dos beneficiários³¹.

Estas normas visam conceder aos indivíduos posições jurídicas subjectivas estabelecendo assim garantias institucionais, impondo ao próprio legislador uma acção para que haja cumprimento efectivo, gozando estes direitos de força jurídica comum a todas as normas constitucionais imperativas³².

Encontra-se manifestamente a sua força jurídica nos seguintes aspectos: “*imposição legislativa concreta das medidas necessárias para tornar exequíveis os preceitos constitucionais...; ...padrão jurídico de controlo judicial de normas, com conteúdo mínimo imperativo...; ...fundamento constitucional de restrição ou limitação de outros direitos fundamentais...; ...força irradiante, conferindo uma certa capacidade de resistência...*”³³.

São direitos que exigem comportamentos positivos do Estado e pela sua natureza pessoal de direitos individuais só dizem respeito às pessoas.

³⁰ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais (...)* ob. cit., p. 340.

³¹ Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª Edição, Almedina, pp. 387 e 388.

³² Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos (...)* ob. cit., p. 392.

³³ Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos (...)* ob. cit., pp. 393.

CAPÍTULO IV - DIREITOS CONSTITUCIONAIS VS MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

1. Dignidade da pessoa humana e autonomia privada

Logo no 1º art. da CRP encontra-se um dos princípios mais importantes da nossa Constituição: “*Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana...*”. Existe uma ligação entre a dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais e o sistema constitucional-democrático, ela é causa e condição desses direitos³⁴. Citando Jorge Miranda: “*Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, dir-se-ia mesmo um metaprincípio*”³⁵.

A dignidade da pessoa humana obriga a nossa Constituição à adopção de convenções e medidas internacionais contra a violação desta, bem como a formulação de um direito internacional que se adequa à protecção tanto individual como colectiva³⁶. Podemos assim afirmar que é um elemento essencial, é o escudo protector dos cidadãos, a pedra basilar do nosso sistema jurídico-constitucional.

Quando se fala de dignidade da pessoa humana não se pode deixar de falar da autonomia privada. Existe entre elas reciprocidade pois a própria dignidade da pessoa humana pressupõe que haja autonomia privada no seu modo de viver, no modo como molda a sua personalidade existindo assim, uma liberdade de agir da pessoa. A autonomia privada concede à pessoa a liberdade de conduzir e decidir a sua própria vida, existe aqui uma liberdade de acção desde que não viole a ordem publica, os bons costumes e os limites da lei.

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito civil tendo também os seus fundamentos nos arts. 26º n.º1 e 61º da CRP. Tem um maior papel quando falamos da liberdade contratual (art. 405º CC), sendo o negócio jurídico uma manifestação deste princípio³⁷. Através deste, as partes num negócio jurídico podem celebrar contratos com clausulas que acharem melhor, sempre dentro dos limites da lei.

³⁴ J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição revista, 2007, Coimbra Editora, p. 198.

³⁵ Jorge Miranda, *Manual Direito Constitucional*, 5ª Edição, Almedina, p. 222.

³⁶ J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição (...) ob. cit.*, p. 200.

³⁷ Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, pp. 102 e 103.

Pelo facto da maternidade de substituição ser um contrato, interessa aqui a autonomia privada e a própria dignidade humana da gestante bem como a da criança que virá a nascer.

Sendo um princípio fundamental do direito civil e outro um princípio basilar da CRP, direitos que assistem a qualquer pessoa, porquê de não poder usufruir deles nas nossas decisões? O facto de a mulher aceitar “emprestar” o seu útero em prol da felicidade de uma família, não implica aqui a sua dignidade humana, pelo contrário, aumenta positivamente a forma como se olha para ela. Nem mesmo a dignidade da criança é posta aqui em questão. A criança é sonhada, é desejada, existe aqui um desejo incondicional. Não faz sentido uma mulher passar por um processo destes, de ver uma outra mulher a gerar um criança que será seu filho, quando se pudesse seria ela a fazê-lo. O facto de a própria mulher impossibilitada passar por todo este processo, demonstra que essa criança terá sim um valor, mas será sentimental, chamado de amor. Citando Guilherme de Oliveira “...o interesse do filho que vai nascer está forçosamente garantido pois só quem desejar muito a criança é que se dispõe a um acordo de gestação”³⁸.

Estes contratos a título gratuito, poderiam ser analisados de forma jurídica, serem validados se assim fosse o caso, de forma a que houvesse a possibilidade de a maternidade de substituição prosseguir o seu fim sendo lógico que, para que pudesse ser legal, esta teria que o ser dentro dos seus limites. Citando Vera Lúcia Raposo “*A mesma liberdade que deve proteger a mulher da intromissão estaduais nas suas decisões reprodutivas deve permitir-lhe contratar nestes termos*”³⁹. Faz todo o seu sentido esta afirmação. Como podemos aceitar que o aborto seja legal e não aceitar que a maternidade de substituição o seja. Existe aqui um desnível de valores, aceita-se a morte mas não se aceita o nascimento. Sim entendo, no aborto estamos perante a decisão da mulher em não seguir em frente com a maternidade devido a vários factores, podendo um deles ser o facto de naquele momento haver inconvenientes em ser mãe. Apenas implica a sua decisão e do pai da criança. Mas mesmo assim, será tão mais importante do que a possibilidade de fazer nascer uma criança? No meu entender, não. A importância deveria ser pelo menos a mesma e por isso, serem ambas legais. Da mesma forma como a mulher tem o direito a se submeter ao aborto, deveria também ter o direito a se submeter a uma gravidez em prol da sua vontade, da sua decisão de fazer com o seu corpo o que achar melhor e a isso chama-se autonomia

³⁸ Guilherme de Oliveira, *Mãe há (...)* ob. cit., p. 56.

³⁹ Vera Lúcia Raposo, *De Mãe (...)* ob. cit., pp. 63 e 64.

pessoal, livre escolha da forma como conduz a sua vida ou livre escolha da forma como utiliza o seu corpo. O corpo a mais ninguém pertence sem ser à própria pessoa, mas neste caso, não me parece que tal aconteça.

2. Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade está presente no art. 13º da CRP. Diz este artigo que todos os cidadãos são iguais perante a lei e a dignidade social. Não pode haver prejuízos ou benefícios em relação às convicções ideológicas, condição social, raça, situação económica, entre outras.

O princípio tem também uma função social, pressupondo assim que haja por parte dos poderes políticos uma atenuação ou eliminação das desigualdades sociais, económicas e culturais, de modo a que se possa assegurar uma igualdade jurídico-material⁴⁰. Este princípio aplica-se ao próprio legislador que aquando a criação de um direito, este deverá ser igual para todos. A igualdade jurídica aparece sempre associada a uma igualdade individual⁴¹.

Segundo J.J. G. Canotilho, “*O princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade pratica: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos.*”⁴².

Quanto a este princípio, a própria Lei n.º 32/2006 cria desigualdade de acesso quando nos seus arts. 4º e 6º indica quais são as condições de admissibilidade e quem são os beneficiários.

Sabe-se que os contratos de maternidade de substituição são nulos, mas não se estará perante mais um caso de incumprimento do princípio da igualdade? Uma mulher que por motivos de saúde, tenha sido p. ex. obrigada a retirar o útero, nunca poderá engravidar através das técnicas de PMA. Existe um caso que ocorreu e ficou conhecido como “*Baby M*”, em que a Sra. Stern, a mulher beneficiária não era infértil, mas tinha-lhe sido diagnosticado esclerose múltipla, pelo que o parto poderia ser fatal para ela⁴³. Uma mulher que não consiga engravidar devido a motivos como p. ex. ausência de ovulação,

⁴⁰ J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição (...) ob. cit.*, pp. 341 e 342.

⁴¹ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional (...) ob. cit.*, p. 426.

⁴² J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional (...), ob. cit.*, p. 427.

⁴³ Caso ocorrido nos EUA, em 1986; Guilherme de Oliveira, *Mãe há (...) ob. cit.*, pp. 87 e ss.

obstrução das trompas de Falópio, entre outros, ou mesmo pelo facto do homem ter uma quantidade insuficiente de espermatozóides ou sofrer de disfunção erétil, terá sempre a hipótese de recorrer às técnicas de PMA. Mas uma mulher que seja fértil, que por motivos de doença não lhe seja possível suportar uma gravidez, já não existe possibilidade de recorrer às técnicas de PMA.

Foi recentemente autorizado pelo CNPMA o nascimento de um “bebé-medicamento”⁴⁴ isto é, a realização da escolha de embriões em laboratório de forma gerar o nascimento de uma criança que tenha capacidades de salvar um familiar. Nesta situação, foi dada a um casal autorização para recorrer a esta técnica de PMA de modo a salvar a filha de 5 anos que tem leucemia. Quanto à utilização de diagnóstico genético pré-implantação, o CNECV realizou um parecer⁴⁵ onde expressa que *“A utilização do DGPI para seleccionar embriões dadores de células estaminais com o fim de tratar doença fatal de familiar, configura um complexo dilema ético em que se considera poder sobrelevar-se o principio da solidariedade”*.

Numa maternidade de substituição, fala-se numa instrumentalização da criança como argumento contra então e num tema como acabei de explicitar? Irá gerar-se uma criança para que seja a salvação, ou sua tentativa, de outra. Ela é gerada com o intuito de salvar outra, não porque foi desejada, apesar de acreditar que esse desejo deve sempre existir nem que seja minimamente. A infertilidade também é uma doença, a mulher que não consegue engravidar pode vir a sofrer de depressão, sendo igualmente uma doença. O próprio parecer do CNECV fala em dilema ético que se pode sobrelevar com o princípio da solidariedade. Porque não na maternidade de substituição acontecer o mesmo? Esta gravidez acontecer sobre este princípio a título altruístico. Não posso deixar de salientar que existe aqui uma diferença de necessidades como é lógico. Quando falamos de gerar um “bebé-medicamento” falamos na tentativa de criar uma vida para se conseguir salvar outra, mesmo que esta não seja a única hipótese possível. O que quero demonstrar é que aqui também há dilema ético, também se pode falar numa instrumentalização da criança e mesmo assim, não deixa de acontecer.

Utilizando o provérbio “o sol quando nasce é para todos”, neste momento nem todos têm direito a este “sol”. Enunciei parágrafos acima que faz parte dos poderes

⁴⁴ Informação retirada do site <http://www.dn.pt/portugal/interior/casal-autorizado-a-ter-bebemedicamento-para-salvar-filha-com-leucemia-4541961.html>

⁴⁵ Parecer 51/CNECV/07 do CNECV de Abril de 2012, p. 4.

políticos atenuar ou eliminar as desigualdades, pois bem, o facto de proibir a maternidade de substituição faz precisamente o contrário, aumenta as desigualdades quando falamos em infertilidade.

3. Família

Citando Rabindranath Capelo de Sousa “...a Família seja entendida, à maneira romana, como um conjunto de «várias pessoas que estão sob o poder de um só, e sujeitas pela natureza, ou pelo direito» e que a legitimação do poder do pai de família decorra de a ele competir, primacialmente, v.g., reivindicar os filhos, defendê-los, criá-los, designar-lhes tutor testamentário e administrar-lhes os bens...”⁴⁶.

Percorrendo a evolução sociológica e jurídica da família, conclui-se que hoje ela perdeu as suas funções tradicionais tais como a função política (direito romana) e a função económica. Existe uma maior autonomia dos cônjuges e a sua função essencial é a da mutua gratificação efectiva e a socialização dos filhos bem como a sua preparação para a integração na sociedade.

Um dos princípios constitucionais do direito da família é o direito à sua constituição, art. 36º n.º 1 da CRP e sobre este princípio existem várias interpretações: segundo a tese de Castro Mendes, o direito de casar e constituir família são um só, sendo assim, ao contrair casamento está-se a constituir família, a opinião aqui é que de que o propósito da disposição deste art. foi mesmo a de conceder dois direitos diferentes e não um só; segundo a tese de Gomes Canotilho e Vital Moreira, estes reconduzem este direito ao de constituir união de facto. Segundo a opinião de Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, a interpretação mais correcta será a que reconduz o direito a constituir família ao direito de procriar, em primeiro lugar, e de estabelecer as correspondentes relações de filiação em segundo⁴⁷.

A família, tal como indica o art. 67º n.º1 da CRP é considerada como um elemento fundamental da sociedade, sendo esta confirmada pelo art. 16º n.º 3 da DUDH. O art. 36º n.º 1 da CR, o art. 16º n.º 1 da DUDH e o art. 12º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem relata que todos tem o direito a constituir família implicando assim o direito a ter filhos, compreendendo assim o direito a procriação. Cabe ao Estado reconhecer e

⁴⁶ Rabindranath Capelo de Sousa, *Direito da Família e das Sucessões*, 1999, Coimbra Editora, p. 80.

⁴⁷ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4ª Edição, 2008, Coimbra Editora, pp. 115 a 120.

regulamentar a PMA, garantindo assim o seu acesso sem discriminações e a protecção dos interesses e direitos de todos os seus intervenientes.

Quanto ao art. 36º da CRP existe a problemática de se saber se está ou não englobada a maternidade de substituição, discute-se a delimitação intencional e extensional da própria norma. Mas existem princípios que limitam esta aplicação, sendo eles os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado de direito democrático⁴⁸.

Segundo Guilherme de Oliveira “... o direito fundamental de procriar dá aos inférteis a faculdade de recorrerem aos meios de reprodução assistida, e a todos eles. Admitindo que, enquanto liberdade fundamental, o direito de procriar dê aos inférteis uma expectativa razoável e uma legitimidade de princípio para se socorrerem dos meios técnicos que a sociedade alcançou; porém isto não pode significar a atribuição de uma legitimidade indiscutível para usar um qualquer meio concreto, tecnicamente possível, ...”⁴⁹. Quanto a esta afirmação, não falo de uma legitimidade indiscutível, mas falo de uma oportunidade possível. Uma forma de suprimir uma infelicidade, uma impossibilidade fisiológica. Deverá sim haver limites mas deverão ser proporcionais, adequados à protecção de outros direitos fundamentais e legalmente protegidos.

As mulheres férteis que não podem suportar uma gravidez ou que sofram de lesão de útero vêem assim diminuído o seu direito a constituir família, uma desigualdade perante as que são inférteis e têm acesso às técnicas de PMA, existe aqui um próprio desvalor à dignidade humana. É-lhes negado uma solução para o seu problema, quando a maternidade na nossa CRP é tida como um valor social eminente⁵⁰.

A impossibilidade de fazer nascer uma criança cria numa mulher uma enorme dor, ela sente-se incapaz, incompleta. Quando se nasce mulher um dos sonhos que acompanham a sua vida (havendo excepções logicamente) é o de constituir uma família, de casar e de conseguir engravidar e ter os seus próprios filhos. Não havendo esta possibilidade é claro que se poderá pensar na adopção, mas não será a mesma coisa.

Partilho da opinião de que a maternidade de substituição faz sentido quando for possível que pelo menos um dos gâmetas seja de uma das partes do casal contratante. O porquê desta opinião é simples: se não existir material biológico de nenhum dos contratantes, então estaremos perante uma adopção simulada num contrato de gestação.

⁴⁸ J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição (...) ob. cit.*, pp. 567.

⁴⁹ Guilherme de Oliveira, *Mãe há (...) ob. cit.*, pp. 50 e 51.

⁵⁰ Art. 68º n.º 2 da CRP.

Ela não terá nenhum elemento biológico em comum com o casal, tal como uma criança que está em lista de espera para ser adoptada. Mesmo assim, as diferenças continuarão a existir entre uma hipótese e outra, entre elas a idade com que a criança é entregue à família, através de uma maternidade de substituição é entregue assim que nasça, tal não acontece num processo de adopção porque aqui a mãe tem que dar o seu consentimento só podendo ser dado decorridas seis semanas após o parto⁵¹.

4. Direito pessoais

A partir de 1997 a nossa CRP passou a incluir nos direitos fundamentais no art. 26º n.º 1, o direito ao desenvolvimento da personalidade. Esta realização pressupõe uma liberdade pessoal, devendo ser criadas e preservadas todas as condições essenciais para este desenvolvimento⁵².

O direito ao desenvolvimento da personalidade têm como âmbito normativo de protecção: uma dimensão de formação livre da personalidade; uma dimensão de protecção da liberdade de acção de acordo com a sua escolha pessoal; e uma dimensão de protecção da integridade pessoal que vai para além do art. 25º da CRP, visando assim garantir um escudo na sua esfera jurídico – pessoal⁵³.

Estamos perante um direito subjectivo fundamental da pessoa. Existe presente o direito à livre formação da personalidade sem intervenção do Estado bem como uma liberdade de acção. Encontramos neste direito uma proximidade à autonomia privada, existe aqui um poder de decisão de como quer seguir a sua vida sem que haja imposições do Estado.

Qual será o limite desta esfera? O limite máximo do direito ao desenvolvimento da minha personalidade? Que limites terei que impor na minha vida de modo a não ultrapassar a minha liberdade? Afinal, tenho ou não o direito de livremente moldar a minha vida, de decidir o que quero para mim, de definir objectivos sem ser privada de tal?

Não entendendo, se o meu corpo a mim me pertence como podem limitar as acções que posso ou não realizar nele. Não faz sentido não poder tomar as minhas decisões conscientemente de forma a fazer o que quero com a minha vida e o meu corpo. Nem faz

⁵¹ Art. 1982º n.º2 do C.C.

⁵² José Oliveira Ascensão, *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, Revista Ordem dos Advogados, ano 2008, ano 68, Vol. I, p. 6.

⁵³ J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição (...) ob. cit.*, p. 463.

sentido que “os demais serviços prestados com o corpo assim sejam qualificados, desde o trabalho manual ao trabalho intelectual, passando pelo desporto, pela moda ou pela pornografia, nenhuma destas praticas proibidas no nosso ordenamento jurídico⁵⁴”.

O nascimento de uma criança não deveria trazer estas limitações, principalmente quando é uma criança desejada. Se eu posso ajudar um casal a constituir uma família, se eu posso gerar uma criança com os genes de ambos ou somente de uma das partes, porque não? Porque não ajudar tendo consciência de todos os aspectos envolvidos nesta situação, dos riscos que pode decorrer na gravidez, das emoções que a própria me pode trazer. Se não existe uma compensação pecuniária, logicamente que esta gravidez será feita num verdadeiro sentido de ajudar a realizar um desejo que todas (ou quase todas) as mulheres desejam. Posso doar um rim a um familiar, mas não posso “emprestar” o meu útero para que um familiar meu possa ver o seu desejo concretizado, para mim não faz grande sentido.

Outro aspecto que no meu entender não faz grande sentido é o facto de doação de óvulos não ser proibida e ainda ser simulado um contrato de prestações de serviços no meu ponto de vista. Passo a explicar, através da definição de doação inserida no art. 940º do C.C. sabe-se que este é um contrato pelo qual uma pessoa de forma liberal e à custa do seu património dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito. Sendo assim a doação de óvulos deveria consistir em algo realizado de forma altruística sem remuneração nenhuma, mas tal não acontece. Na Lei n.º 12/2009, de 26 de Março, no seu art. 22º n.º 3 diz que: “Sem prejuízo do disposto no n.º 1, os dadores vivos podem receber uma compensação estritamente limitada ao reembolso das despesas efectuadas ou dos prejuízos imediatamente resultantes da dádiva, nos termos do artigo 9.º do anexo à Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho”. A LPMA de acordo com as exigências constitucionais e internacionais, consagra ser proibido a venalização do corpo humano, sendo a lei expressa quando no seu art. 18º refere que “...é proibida a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA”⁵⁵. Sendo assim, porquê uma compensação no valor de 628,83€? Não se está a falar de uma doação? Um acto realizado de forma liberal e à custa do seu património. Não haverá também aqui então

⁵⁴ Vera Lúcia Raposo, *Quando a cegonha chega por contrato*, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 88, Março 2012 (http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo_VLR_boletim_Ordem_dos_Advogados.PDF)

⁵⁵ João Carlos Loureiro, *Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação medicamente assistida heteróloga*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3 – n.º 6 – 2006, Coimbra Editora, p. 39.

uma instrumentalização do corpo da mulher? Quero somente chegar à conclusão que a maternidade de substituição é uma oportunidade para muitas, tal como a doação de óvulos o é, pois sem esta algumas técnicas de PMA não teriam acontecido. Que muitos dos aspectos apresentados à maternidade de substituição são igualmente apontados a esta doação, tal como a transmissão de material biológico, mas mesmo assim ela é legal existindo ainda uma compensação pecuniária para esta acção.

CAPÍTULO V - ADOPÇÃO VS MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

1. Adopção e suas características

A adoção definida pelo C.C. no art. 1586º diz-nos que: “...é um vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece entre duas pessoas...”. Sendo assim, é um parentesco legal, criado á semelhança do parentesco natural.

A adoção foi introduzida no Código de 1966. Inicialmente o seu propósito era fundamentalmente servir o interesse do adoptante assegurando a continuação da família e a transmissão do nome e do património. Hoje, tem como principal finalidade o interesse do menor adoptado, tal como demarca o art. 1974º n.º1 do C.C.: “A adoção visa realizar o superior interesse da criança e será decretada quando presente reais vantagens para o adoptado...”. Também na CRP no art. 36º n.º 7 está enunciado que o Estado está obrigado a proporcionar a crianças desprovidas de um ambiente normal (abandonadas, maltratadas ou negligenciadas) um espaço familiar alternativo.

A adoção pode ser como modalidades: conjunta quando é feita por duas pessoas casadas há mais de 4 anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto e ambas com mais de 25 anos⁵⁶; singular sendo realizada por quem tenha mais de 30 anos ou se o adoptante for filho do cônjuge do adoptante já se aplica uma idade superior a 25 anos⁵⁷ sendo que a partir dos 50 anos a diferença de idades entre quem adopta e a criança que irá ser adoptada não pode ser superior a 50 anos (somente a título excepcional)⁵⁸.

O filho adoptado integra-se plenamente na família do adoptante deixando de existir todos os laços com a família biológica, passando a ser para todos os efeitos filho dos pais adoptivos⁵⁹.

O C.C. estabelece as regras gerais que se aplicam na adoção. No artigo 1974º n.º1 do C.C., indica quando pode ser decretada adoção que será quando: presente vantagens reais para o adoptando, sendo esta a intenção da adoção; se funde em motivos legítimos; não envolva sacrifícios injustos para os outros filhos adoptante, não podendo a adoção acarretar para estes prejuízos injustos; entre o adoptante e adoptado se estabeleça um

⁵⁶ Art. 1979º n.º 1 do C.C..

⁵⁷ Art. 1979º n.º 2 do C.C..

⁵⁸ Art. 1979º n.º 3 e 4 do C.C..

⁵⁹ Art. 1986º n.º 1 do C.C..

vínculo semelhante à filiação, isto é, não se deve admitir a adoção quando seja previsível que não se venha a estabelecer entre as duas pessoas um vínculo semelhante à adoção; o adoptado tenha estado ao cuidado do adoptante, antes de se constituir definitivamente a adoção, tem de haver um período inicial suficiente para que se possa avaliar se existe entre eles ou que venha a poder existir uma relação normal de filiação. São as chamadas “medidas de confiança”, que podem ser da entrega da criança caso seja autorizada por uma entidade da Segurança Social sendo uma administrativa ou então é dada a autorização por uma entidade judicial, sendo assim uma medida judicial; por último, se a criança já tiver sido adoptada não se pode constituir outra adoção, havendo o princípio da exclusão⁶⁰.

O art. 2º na sua alínea “h” da Lei n.º 143/2015, dá uma noção do que são as fases do processo: “*«Processo de adoção», conjunto de procedimentos de natureza administrativa e judicial, integrando designadamente actos de preparação e actos avaliativos, tendo em vista a prolação da decisão judicial constitutiva do vínculo da adoção, a qual ocorre na sequência de uma decisão de adoptabilidade ou de avaliação favorável de pretensão de adoção de filho do cônjuge*”. O processo de adoção é constituído pelas seguintes fases: preparatória, que vai integrar as actividades desenvolvidas pelos organismos de segurança social ou por instituições particulares autorizadas, realizando um estudo de caracterização da criança visando a adoptabilidade e a sua preparação, avaliação bem como a selecção dos candidatos a adoptantes⁶¹; ajustamento entre crianças e candidatos, que irá relacionar as actividades desenvolvidas pelos organismos de segurança social ou instituições autorizadas com as necessidades da criança e as capacidades dos candidatos, havendo um período de transição, acompanhamento e avaliação do período de pré-adoção⁶²; na fase final esta integrada a tramitação judicial do processo sendo terminada com a sentença que irá decidir se há ou não constituição do vínculo⁶³.

A constituição do vínculo tem de ser registado. A adoção será registada por averbamento ao assento de nascimento do adoptado⁶⁴. Na adoção, a lei permite mediante

⁶⁰ Art. 1975º C.C..

⁶¹ Art. 40º a) da Lei n.º 143/2015.

⁶² Art. 40º b) da Lei n.º 143/2015.

⁶³ Art. 40º c) da Lei n.º 143/2015.

⁶⁴ Arts. 1º n.º1c) e 69º n.º 1f) do Código Registo Civil.

requerimento dos pais, que seja lavrado um novo assento de nascimento⁶⁵, protegendo os interesses dos pais adoptivos.

2. Adopção (requisitos)

Como requisitos de capacidade do adoptante o art. 1979º diz que: a idade máxima para adoptar é de 60 anos à data em que o menor lhe tenha sido confiado mediante medida de confiança (n.º 3, 1ª parte); a diferença de idades entre o adoptante e o adoptado não pode ser superior a 50 anos (n.º 3, 2ª parte); 25 anos é a idade mínima se, se tratar de uma adopção conjunta e 30 anos se for uma adopção singular (n.º 1 e 2).

Como requisitos de capacidade do adoptado, o art. 1980º indica que: podem ser adoptadas as crianças que já tenham sido confiadas a uma família ou pessoa singular mediante confiança administrativa ou medida de promoção e protecção de confiança já com vista à realização da adopção, bem como filhas do cônjuge do adoptante (n.º 1 a) e b)); a idade do adoptado terá que ser inferior a 15 anos à data do requerimento de adopção, embora seja possível à data deste requerimento, o adoptado já ter mais que 15 anos mas obrigatoriamente menos que 18 anos podendo tal acontecer quando, desde idade não superior a 15 anos tenha sido iniciado o período de confiança ou que ele seja filho do cônjuge do adoptante (n.º 2 e 3).

Como efeitos através da adopção, o adoptado passa a adquirir a situação de filho do adoptante desde a data do transito em julgado da sentença, integrando-se assim com todos os seus descendentes que vier a ter na família do adoptante⁶⁶. Passa a ser um filho para todos os efeitos. Os vínculos jurídicos que o ligavam à família biológica extinguem-se mas sem prejuízo do disposto quanto aos impedimentos matrimoniais. O adoptado perde os apelidos de origem, tomando o novo nome ou, excepcionalmente a pedido do adoptante, o tribunal pode modificar o nome próprio do adoptado de forma a salvaguardar o direito à identidade pessoal e favorecer a integração na família⁶⁷.

A adopção é irrevogável⁶⁸, não podendo assim o adoptante vir mais tarde arrepender-se, não sendo admitido a revogação unilateral nem a contratual. Depois de estabelecida, a lei não permite que seja estabelecida a filiação biológica ou que se faça

⁶⁵ Art. 123º n.º1 do Código Registo Civil.

⁶⁶ Art. 1986º do C.C..

⁶⁷ Art. 1988º do C.C..

⁶⁸ Art. 1989º do CC..

prova dela⁶⁹. Estamos perante um caso de restrição constitucional⁷⁰ prevista, devendo valer aqui o critério da proporcionalidade.

3. Estatísticas sobre a adopção

Segundo o relatório de Caracterização Anual da Situação de Acolhimento de Crianças e Jovens Casa 2014⁷¹ entregue no Parlamento em Abril de 2015, mais de 300 crianças que se encontravam em situação de acolhimento institucional foram adoptados em 2014. Entre 8470 crianças e jovens que se encontram em instituições de acolhimento, a 347 crianças foi-lhes definitivamente alterado o projecto de vida de forma a puderem ser adoptadas e a 391 crianças foi-lhe aplicada uma medida de adoptabilidade, isto é, confiança a pessoa seleccionada ou a instituição com vista a adopção bem como confiança judicial com vista a uma futura adopção. Em 2014, de 115 crianças apenas 31 viram o seu projecto de adopção concretizado em 6 meses.

6.4. Adopção VS Maternidade de Substituição

A adopção é um processo muito complexo para ambas as partes, mas principalmente para a criança.

Normalmente, uma criança está em situação de ser adoptada não por motivos de ter sido bem tratada pela sua família, de ter tido as condições mínimas de vida necessárias, uma família minimamente estruturada que lhe conseguia dar atenção, carinho, amor, entre outros sentimentos, mas pelo contrário, poderá ter vivido momentos de tremenda tristeza, alturas em que nada tinha para comer, não ter acesso ao ensino, presenciar situações de maus tratos familiares ou ser ela própria vítima de maus tratos, entre outros difíceis de consentir e acreditar que possam acontecer. Todos estes acontecimentos farão com que os sentimentos dela não sejam os mais felizes, indo desde a tristeza ao sentimento de abandono, medo, insegurança, entre outros sentimentos que deveria ser proibido uma criança sentir. Apesar de existir uma quebra na ligação com a família biológica, as suas memórias não deixam de existir, acabam por “acompanhar” a criança toda ou quase toda a sua vida.

⁶⁹ Art. 1987º do C.C..

⁷⁰ Art. 18º n.º2 da CRP – são admitidas restrições aos direitos, liberdades e garantias expressamente previstos em nome de outros.

⁷¹ http://www.parlamento.pt/Documents/XIILEG/Abril_2015/CASA2014.pdf

A adopção aparece como uma salvação para estas crianças, uma oportunidade de serem felizes. Citando Guilherme de Oliveira: “(...) *um remédio para as crianças que não têm pais ou para as crianças cujos pais não podem desempenhar o seu papel*”⁷². Não posso deixar de referir que nem todas as crianças que estão nesta situação porque foram maltratadas ou que não tinham as mínimas condições de vida, encontramos também situações de serem órfãs de ambos os pais.

Mas nem sempre esta nova etapa da vida da criança consegue ter um final feliz. Ela terá uma nova família que a irá acolher da melhor maneira que conseguir, tratando-a como se fosse filho(a), dando-lhe uma verdadeira vida familiar e melhores condições de vida. Quando ainda são crianças ou mesmo ainda bebês, este acolhimento é fácil de se fazer, agora quando já têm uma idade onde tem consciência de tudo o que lhes aconteceu, este processo pode não ser assim tão fácil de se realizar, sendo claro que não digo que isto aconteça com todas as crianças.

Uma criança adoptada e uma criança nascida através de uma maternidade de substituição só serão semelhantes caso não haja material biológico de nenhum dos elementos que contratam.

Uma das grandes diferenças que se verifica é simplesmente o facto de numa maternidade de substituição haver o enorme desejo de que aquela criança nasça, há uma família que tudo fez para que isso acontecesse, existindo mesmo um elo biológico em comum. Outra é que de facto a adopção visa proteger os interesses de uma criança enquanto que o acordo realizado numa maternidade de substituição visa o interesse de um casal infértil que deseja ter uma criança nas suas vidas⁷³. Não posso deixar de concordar nesta afirmação, porque realmente a adopção visa os interesses e segurança da criança e na maternidade de substituição o interesse inicial é a possibilidade de um casal infértil conseguir ter um filho com material biológico de pelo menos um deles, podendo dar assim continuidade genética.

Mas o simples facto de haver crianças que necessitam de uma família, de um lar que as acolham, não pode servir como um dos fundamentos para que não seja possível recorrer à maternidade de substituição. Citando Vera Lúcia Raposo: “*Claro que o mesmo argumento poderá invocar-se contra casais férteis. Porque lhes é permitido reproduzirem-*

⁷² Guilherme de Oliveira, *Mãe há (...) ob. cit.*, p. 54.

⁷³ Guilherme de Oliveira, *Mãe há (...) ob. cit.*, pp. 54 e 55.

se quando há tantas crianças por adoptar?”⁷⁴. Neste este sentido também não deveria ser possível nenhuma aplicação de técnicas PMA sem antes se recorrer ao mecanismo da adopção.

Termino afirmando que, não se pode comparar adopção à maternidade de substituição mas também não deve servir de fundamento para a rejeição da mesma. A infelicidade de uma criança que não tem culpa da sua situação não pode valer para que a infelicidade daquele casal não seja suprimida. A adopção não deve ser uma obrigação mas sim uma opção.

⁷⁴ Vera Lúcia Raposo, *De Mãe (...) ob. cit., p. 23.*

CAPÍTULO VI – ALTERAÇÃO À LPMA

1. Projectos Lei

Foi com a Recomendação número 1046 em 24 de Setembro de 1986, que a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa⁷⁵, tendo como base o uso de embriões e fetos humanos para fins de diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais, que os Estados Membros foram aconselhados a proceder à regulamentação da PMA.

Em Portugal, foi criada em 1986 a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias presidida pelo Prof. Doutor Francisco Pereira Coelho, surgindo neste mesmo ano uma proposta que veio dar origem ao Decreto-Lei n.º 319/86 de 25 de Setembro⁷⁶. Foi o primeiro diploma específico a vigorar em Portugal.

Em 1997 a CRP foi alterada, sendo aditada ao seu art. 67º n.º2 a alínea e)⁷⁷, passando assim o Estado a estar incumbido de regulamentar a PMA de forma a salvaguardar a dignidade humana.

O acesso às técnicas da PMA só viriam a vigorar definitivamente no ordenamento jurídico português a 26 de Julho de 2006 pela Lei n.º 32/2006.

Entre Dezembro de 2011 e Janeiro de 2012 foram apresentadas na Assembleia da Republica quatro projectos de lei na tentativa de se proceder à alteração da LPMA, sendo eles os seguintes: projecto de lei n.º 122/XII apresentado pelo Bloco Esquerda (BE) na data de 21/12/2011; projecto lei n.º 131/XII apresentado pelo Partido Socialista (PS) na data de 06/01/2012; projecto lei n.º 137/XII apresentado por um grupo de deputados do Partido Socialista na data de 11/01/2012; projecto de lei n.º 138/XII apresentado pelo Partido Social Democrático (PSD) na data de 13/01/2012. No sentido de alteração da maternidade de substituição, três visam propostas nesse sentido que são os projectos lei n.º 122/XX, 131/XII e 138/XII⁷⁸. Sobre estes projectos de lei, emitiram os seus pareceres: Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República; Ministério Público; Ordem dos Advogados; Conselho Superior da Magistratura; por último a Comissão Parlamentar de Saúde⁷⁹.

⁷⁵ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=15080&lang=EN>

⁷⁶ http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_DL_319_86.pdf

⁷⁷ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=11&tabela=leis

⁷⁸ Todos os projectos lei se encontram disponíveis em

<https://www.parlamento.pt/atividadeparlamentar/paginas/detalheIniciativa.aspx?BID=36633>

⁷⁹ Pareces disponíveis em <http://app.parlamento.pt>

Quanto ao projecto lei n.º 138/XII apresentado pelo Partido Social Democrática, visam a possibilidade de serem celebrados contratos gratuitos visando a maternidade de substituição desde estejam presentes situações em que há ausência de útero ou em situações clínicas que se justifiquem ouvindo-se a Ordem dos Médicos e a CNPMA. Quanto à existência de pagamento, será somente despesas médicas, todas as outras serão proibidas. Continuação a ser punido criminalmente os contratos a título oneroso bem como a sua promoção sendo o este considerado nulo e com pena de prisão até dois anos ou 240 dias de multa, bem como os gratuitos que não estejam dentro dos casos previstos já mencionados.

Em relação ao projecto lei n.º 122/XII apresentado pelo Bloco Esquerda, excepcionalmente admite o recurso da maternidade de substituição submetidos a contratos gratuitos em caso de ausência, lesão ou doença do útero ou por autorização do CNPMA em situações clínicas que o justifiquem. Os negócios onerosos ou a sua promoção continuam a ser criminalizados, sendo que os contratos gratuitos que se encontrem fora do elenco descrito são também criminalizados com a mesma pena que os contratos onerosos. Este projecto lei foi rejeitado por deliberação parlamentar a 20/01/2012.

No projecto lei n.º 131/XII apresentado pelo Partido Socialista, a maternidade de substituição é permitida na celebração de negócios gratuitos quando exista ausência, lesão ou doença do útero ou em situações clínicas que justifiquem esta permissão. Permite também que, somente um dos gâmetas não pertença ao casal e a possibilidade de pagamento referente às despesas médicas não sendo possível qualquer outro tipo de pagamento. Exige que seja obrigatória uma audição pela Ordem dos Médicos e uma autorização prévia do CNPMA. Será a lei a estipular a regulamentação da maternidade de substituição indicando quais os requisitos de validade e eficácia do consentimento das partes, os direitos e deveres destes, qual o regime do negócio jurídico, bem como a indicação de quando será necessário a intervenção do CNPMA e da Ordem dos Médicos. Os contratos onerosos e sua promoção são criminalizados.

Resumindo, todos eles consagram a gratuitidade do contrato de maternidade de substituição, talvez por todos reconhecerem os riscos desta não alteração tal como a exploração de mulheres com poucas poses económicas bem como a própria comercialização da maternidade em si. Ambos apresentam como forma de acesso a esta

técnica de PMA a ausência, lesão ou doença do útero, embora o projecto lei apresentado pelo Partido Social Democrata indique apenas que será permitido em caso de ausência do útero. A criminalização é uma presença em ambos nos contratos a título onerosos bem como a promoção dos mesmos.

Em 2012 a pedido da Assembleia da Republica, o CNECV realizou um parecer⁸⁰ onde recomenda que sejam tomadas certas “medidas sociais” de modo a evitar que cada vez sejam mais tardias a concretização da parentalidade e que sejam realizadas medidas de incentivo à adopção. Neste mesmo parecer foram indicados treze critérios de forma a expor as condições, enuncio apenas alguns: o consentimento pode ser revogado pela gestante de substituição, em qualquer momento até ao inicio do parto. Neste caso, a criança deve ser considerada para todos os efeitos sociais e jurídicos, como filha de quem deu à luz; a gestante de substituição e o casal beneficiário devem estar informados que a futura criança tem o pleno direito a conhecer as condições em que foi gerada; a gestante de substituição não deve ser, simultaneamente, dadora de ovócitos na gestação em causa; o embrião transferido para a gestante de substituição tem como progenitores gaméticos, pelo menos, um dos elementos do eventual casal beneficiário.

2. Sentimento chamado arrependimento

Quando se deseja muito algo, imagina-se sempre um final feliz, nunca se pensa que possa alguma coisa correr mal, mas a verdade é que a todo o momento tal pode acontecer.

Existe um vazio legal quanto ao facto de poder existir arrependimento de uma das partes. O que acontece se a mãe gestante não entregar a criança? O que acontece à criança caso nasça com algum problema de saúde e o casal contratante não aceitar a criança?

Dando um exemplo de uma história que foi noticia em vários jornais: na Tailândia, Pattaramon Chanbua foi contratada como barriga de aluguer pelo casal Wendy e David Farnell, ficando grávida de um casal de gémeos. Quando as crianças nasceram, o casal só quis ficar com a menina porque o menino de nome Gammy tinha nascido com síndrome de Down⁸¹.

⁸⁰ Parecer n.º 63 do CNECV sobre PMA e Gestação de substituição, de 21 Março de 2012.

⁸¹ Notícia retirada do site <http://www.theguardian.com/australia-news/2015/jan/20/baby-gammy-born-into-thai-surrogacy-scandal-granted-australian-citizenship>

Outro exemplo de arrependimento é o caso do “Baby M”, em que o casal Stern através dos serviços de uma agência, realizou um acordo para que Sra. Mary B. Whitehead fossem então a mãe hospedeira. O contrato foi celebrado com a concordância de ambas as partes, acordando que a Sra. Whitehead seria inseminada artificialmente com esperma do Sr. Stern e que após o nascimento da criança esta seria entregue ao casal, renunciando ao seu estatuto de mãe. Receberia em troca o pagamento das despesas médicas e uma quantia de dez mil dólares como gratificação. Após o nascimento da criança esta não foi entregue, recusando-se assim a Sra. Whitehead a cumprir o contrato e a receber a quantia monetária. O casal, não conformado com a situação, recorreu ao tribunal de New Jersey de forma a reivindicar os seus direitos parentais requerendo uma execução específica do contrato. Neste tribunal de primeira instância, o juiz reconheceu que o Sr. Stern era o pai biológico (não havendo por isso forma de o acusar de comprar a criança), considerando-o uma pessoa estável e com riqueza podendo assim oferecer à criança as condições necessárias para um desenvolvimento harmonioso, já que a Sra. Whitehead e o seu marido tinham um historial de insolvência e separações. No seguimento destas ponderações o juiz considerou que o melhor para o interesse da criança seria ficar permanentemente com o pai biológico, decretando também em acto contínuo a adopção da criança pela Sra. Stern. Foi aqui reconhecida a força vinculativa do contrato, havendo satisfação da pretensão da execução específica. O caso foi apreciado em recurso, pelo Supremo Tribunal de New Jersey que considerou que os pais da criança seriam o Sr. Stern e a Sra. Whitehead e que esta não poderia ser privada dos seus direitos relativamente ao filho e nem poderia com base num contrato renunciar ao seu estatuto familiar. Devido ao facto de os progenitores serem separados, de acordo com o melhor interesse da criança, foi necessário determinar com qual dos dois ficaria melhor. O Supremo Tribunal do Estado, determinou que o Sr. Stern ficaria com a guarda da criança por demonstrar melhores condições, mas a mãe teria direitos de visita habituais. Nesta decisão, solucionou-se o problema com base no direito da família, julgando assim o caso tratando-a como se fosse uma regulação do exercício do poder paternal de pais separados⁸².

Sobre este assunto tenho que admitir que não consigo ter uma opinião única porque tudo dependerá das condições em que a maternidade de substituição foi realizada. Tentarei explicar o meu ponto de vista quanto a este problema.

⁸² Guilherme de Oliveira, *Mãe há (...) ob. cit.*, pp. 87 a 95.

Quando existe uma maternidade de substituição em que a criança é gerada através do material genético de ambos os elementos do casal contratante, então a mulher que vai suportar a gravidez será apenas uma portadora que irá desenvolver a criança durante nove meses. Neste tempo, acredito que serão transmitidos sentimentos entre o feto e a portadora, bem como de um certo modo um elo de ligação entre ambos, mas a nível biológico nada será transmitido. Havendo arrependimento por parte da mulher portadora, não faz sentido que a criança lhe seja entregue porque não existe nenhum vínculo genético, ela só é considerada mãe porque o C.C. assim o diz no artigo 1796º n.º2. Nestas situações o parto deixa de ser um critério para esta qualificação, deixa de fornecer um critério biológico para a determinação da maternidade⁸³. Após o nascimento da criança não deve existir mais nenhuma ligação à mulher portadora, no meu entender, ela não deverá ter direitos nenhuns sobre a criança. Se, mais tarde quando a criança conseguir assimilar e entender as razões e os pais lhe quiserem contar todo o processo, então aí poderá haver uma proximidade entre ambos, mas será escolha dela e não porque um juiz assim o decidiu. A decisão deverá ser que a criança seja entregue à verdadeira mãe biológica e ao seu pai, pois biologicamente é somente filho(a) deles. Só deve haver possibilidade de arrependimento antes de se iniciar o processo de inseminação (nesta situação). A mulher portadora antes de dar o seu consentimento, deverá estar bem preparada psicologicamente, ter a certeza que quer passar por todo este processo sabendo que no final de tudo não poderá ficar com a criança, que a terá de a entregar renunciando assim aos seus direitos e deveres de mãe. Mas de forma a proteger o superior interesse da criança, terão que existir salvaguardas para problemas que possam vir a existir, tais como os pais biológicos da criança morrerem antes do seu nascimento. Nestas situações, com quem ficará a criança? Faz todo o sentido nesta situação, a criança ficar com a mulher portadora, é com ela que existe um vínculo maior, estiveram 9 meses seguidos unidos, tal como já referi, acredito que exista um elo de ligação entre ambos. Mas e se esta não quiser a sua guarda, ficar com a criança? Está no seu direito, o acordo foi estabelecido de forma a que a criança após o seu nascimento fosse entregue ao casal contratante. Neste caso, será a guarda da criança entregue aos avós (pais do casal contratante) podendo ser tanto paternos como maternos. Dever-se-á entregar a criança a um dos familiares mais próximos de forma a evitar que esta seja entregue a uma

⁸³ Guilherme de Oliveira, *Mãe há (...) ob. cit.*, p. 75.

casa de acolhimento. Havendo elos de ligação biológicos, existindo família directa, deverão ser estes a ficar com a sua guarda, sendo em última instância dada para adopção.

Na mesma situação, em que o material é de ambos os elementos do casal contratante e a criança vem a nascer com problemas físicos ou psicológicos, não pode existir arrependimento por partes destes. A criança é biologicamente filho(a) deles, existe o dever e a obrigação de cuidar dela, de dar-lhe o melhor tratamento possível. Faz partes das obrigações deles e não da mulher portadora. Se a criança fosse gerada no útero da mulher impossibilitada o mesmo dever existiria, logo o facto de não o ter sido não deve ser desculpa para não assumir as suas responsabilidades parentais. Da mesma forma deve ser tratado quando somente é usado material biológico masculino da parte contratante. Ele será o pai da criança, terá que assumir as suas responsabilidades.

No caso de o óvulo fecundado pertencer à mulher portadora, então a minha resposta será outra. Aqui, para além de mulher portadora é realmente mãe biológica fazendo sentido a aplicação do artigo 1796º n.º 2 do C.C., o elo de ligação é mais do que sentimental, é também biológico. Mesmo sabendo que inicialmente esta criança foi gerada com o intuito de após o seu nascimento ser entregue à família contratante, acredito que durante a gravidez haja alteração desse sentimento e que na altura da entrega da criança tal possa vir a acontecer arrependendo-se da sua decisão inicial. Nesta situação não vejo outra solução senão, a mesma que foi aplicada pelo Supremo Tribunal no caso do “Baby M”, isto é, pelo melhor interesse da criança, averiguar-se qual dos pais consegue dar uma vida melhor à criança, não só em termos monetários mas também sentimentais, sendo que a parte que não ficar com a guarda terá direito a visitar a criança. Aqui a mãe biológica foi a que deu à luz, neste sentido tem o direito de se arrepender não entregando a criança. Mas este arrependimento não poderá ser válido durante um largo tempo pois isso faria com que, passados 2, 5 ou até 10 anos esta pudesse demonstrar arrependimento ou que a família contratante vivesse numa constante preocupação pois a qualquer altura tal poderia tal acontecer. Acho que o tempo limite para que este arrependimento pudesse vir a ser válido seria entre uma a duas semanas, pois uma mãe não precisa de muito tempo para saber se quer ou não ficar com a criança. Após este tempo de reflexão, deixaria de ter qualquer poder paternal sobre ela, sendo este transmitido para o casal contratante. Existindo este arrependimento, as despesas ficariam ao encargo da mãe e as que já tivessem sido pagas pelo casal, devolvidas.

Nos casos em que não existe nenhum material biológico do casal contratante, não há dúvidas que se aplica o estipulado no artigo 1796º n.º 2 do C.C., ficando todos os gastos médicos ao seu encargo.

Nos casos de arrependimento, em que há necessidade da sua solução ser encontrada num tribunal, penso que não deverá ser decidido sob o domínio do Direito das Obrigações mas sim sob o domínio do Direito da Família. Apesar de estar presente um contrato, em que ambas as partes concordaram com o que foi estipulado, não se deve tratar do problema como se fosse um objecto o motivo do conflito. Quero com isto dizer que, o que se pretende é saber a quem a criança será entregue, quem irá proteger melhor os seus interesses, tentar arranjar a melhor solução em prol da criança e não de um objecto qualquer sem sentimentos ou necessidades.

Não digo que não acontecerá mas, se a mulher portadora tiver uma boa preparação psicológica, tiver noção do acordo que esta a realizar com tempo para ponderar os prós e contras daquele compromisso, que a criança que irá nascer daquela gravidez será para ser entregue à família contratante, acredito que este arrependimento terá uma menor probabilidade de acontecer.

O arrependimento faz com que as partes fiquem perante uma situação complicada. Será preciso que de uma forma célere e justa se consiga chegar a uma solução para a sua resolução, para o bem de ambas as partes principalmente para a criança.

CAPÍTULO VII – BREVE OLHAR SOBRE A PMA NO DIREITO COMPARADO

A nível europeu, o Conselho da Europa é o principal órgão institucional a indicar as linhas gerais orientadoras em relação às técnicas de PMA.

Cada país tendo em conta as suas orientações sócio culturais tem a sua própria legislação, acabando por legislar de forma distinta cada uma delas.

A maternidade de substituição não é permitida na maior parte das legislações sendo que a nível europeu, apenas Reino Unido e Grécia possuem autorização legal⁸⁴.

Em Itália, a *Lei número 40 de 19 de Fevereiro de 2004* considera a PMA como um recurso que apenas pode ser utilizado em caso de inexistência de outros métodos terapêuticos que sejam eficazes na eliminação das causas de infertilidade ou esterilidade, explicitando que o seu recuso é meramente subsidiário. A maternidade de substituição é expressamente proibida sendo criminalizada tanto a título oneroso como gratuita (art. 12º da lei n.º 40)⁸⁵. Itália está incluída no grupo dos países com as leis mais restritivas quanto à PMA.

Em França, é no *Código Civil* que se encontra regulamentada a PMA. Esta visa principalmente responder aos problemas de infertilidade medicamente diagnosticados num casal que possa vir a ter ou para evitar a transmissão de doença grave à criança ou a um dos elementos do casal. A maternidade de substituição é ilegal sendo mesma equiparada à venda de crianças. O contrato será considerado nulo podendo mesmo o angariador ser punido criminalmente⁸⁶.

Em Espanha, com a entrada em vigor da *Lei n.º 14/2006 de 26 de Maio*⁸⁷, foram revogadas as *Leis n.º 35/88 e 45/2003*. Com esta Lei, a esterilidade é o requisito de acesso às técnicas sendo a reprodução assistida considerada como um direito de toda a pessoa em plenas condições de igualdade (art. 6º da Lei n.º 14/2006). As técnicas de PMA pode assim ser aplicada a pessoas férteis que podem sem problema nenhum procriar, a portadoras de enfermidades genéticas bem como a mulheres solteiras. Apesar de se poder afirmar que Espanha é o país da União Europeia com a legislação que mais técnicas permite bem como

⁸⁴ Vera Lúcia Raposo, *De Mãe (...) ob. cit.*, p. 101.

⁸⁵ Vera Lúcia Raposo, *De Mãe (...) ob. cit.*, p. 103.

⁸⁶ Vera Lúcia Raposo, *De Mãe (...) ob. cit.*, p. 102.

⁸⁷ Legislação retirada do site <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292>

um maior numero de beneficiários, esta não permite a maternidade de substituição como se pode confirmar no art.10º da referida lei, sendo considerado o contrato nulo.

No Reino Unido, a PMA está regulada no «*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*»⁸⁸ e no «*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*»⁸⁹. Aqui, não existe qualquer restrição imposta ao beneficiário que queira aceder às técnicas de PMA, tanto a nível do estado civil bem quanto à sua orientação sexual. Quanto à maternidade de substituição, esta é regulada pelo «*Surrogacy Arrangement Act*» 1985 que sofreu alterações com o «*Human Fertilisation and Embryology Act 1990*». Aqui, a maternidade de substituição só pode ser praticada a título gratuito e a favor de mulheres cuja a única forma de ter filhos seja esta⁹⁰. Tal como a Espanha, o Reino Unido está inserido no grupo dos que possuem um regime legal mais permissivo quanto à PMA, em relação ao acesso às técnicas e a um maior numero de beneficiários.

Na Grécia a maternidade de substituição é admitida através do artigo 1458º do CC, prevendo a lei que a mulher que gerou uma criança para esta ser entregue a uma outra com base no negocio jurídico (contrato de maternidade de substituição), terá que lhe “transferir” a qualidade legal de mãe⁹¹

Viajando até outro continente, falo agora dos Estados Unidos da América (E.U.A). Aqui existem várias disposições legais, para cada Estado, de forma a regular as boas práticas médicas, clínicas e laboratoriais mas não estão directamente direccionadas com as técnicas de PMA. Existem também a nível federal normas que regulam directamente a proibição de clonagem reprodutiva, experiências em fetos humanos e embriões, entre outras. Mas não se pode dizer que a nível do governo americano exista disposições legais que visem regular directamente as técnicas de PMA. Existem dois modelos de regulamentação dos contratos de gestação aprovados pelo *National Conference of Commissioners on Uniform Statutes Law*. Cada Estado opta por um destes regimes:⁹² ou pela nulidade do contrato ou pela sua admissão em função do preenchimento de requisitos rígidos.

⁸⁸ Legislação retirada do site: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>

⁸⁹ Legislação retirada do site: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>

⁹⁰ Vera Lúcia Raposo, *De Mãe (...)* ob. cit., pp. 101 e 102.

⁹¹ Vera Lúcia Raposo, *De Mãe (...)* ob. cit., p. 105.

⁹² Vera Lúcia Raposo, *De Mãe (...)* ob. cit., pp. 106 e 107.

CAPÍTULO VIII – CONCLUSÃO

Chego ao final desta dissertação com o sentimento que tanto se pode fazer e ainda nada se fez quanto à maternidade de substituição.

Não tenho noção de quantos testemunhos sobre este tema me foram surgindo ao longo da pesquisa, que esperam à anos para que o sonho de serem pais se venha a realizar. É através do seu maior desejo que arranjam forças para continuarem a lutar para verem os seus direitos reconhecidos. Acredito que o cansaço e a desilusão já se tenha apoderado de alguns, mas muitos são os que ainda não desistiram.

A maternidade de substituição é considerada moralmente como algo desconforme com as leis da natureza. Aos olhos da Igreja Católica isto é inconcebível, se uma mulher não pode ter filhos só tem que aceitar que não nasceu com esse dom.

Em pleno séc. XXI, como é possível ainda se ter que dizer a uma mulher que está impossibilitada de suportar uma gravidez, que não há solução para o seu problema, que simplesmente tem que desistir da ideia ou adoptar. Após tantos avanços na medicina, tantas curas para tantas doenças, transplantes de órgãos que salvam centenas de vidas, ainda se proíbe a maternidade de substituição.

A maternidade de substituição não tem que ser considerada um aberração, porque esta longe disso. Não se pode olhar para esta como algo impuro, que vai para além do que é admitido na lei da vida, da criação. Ela tem que ser considerada como a possibilidade de ajudar pessoas, de uma possível solução para um problema que existe e que atinge centenas de pessoas. Não se pode continuar numa constante estagnação quanto a esta solução.

Esta necessidade de ter um filho(a) biológico não pode ser chamado de capricho, de um luxo que alguém deseja. Poucos serão os que não desejam ter uma criança com os seus genes e que darão continuidade à linhagem biológica. Não se trata de um capricho mas sim de uma necessidade, de um sentimento que reside em cada ser humano (ou quase todos) e que não deve ser limitada.

Vivemos num mundo em constante evolução, onde em alguns sítios é mais visível que noutros. Se a maternidade de substituição fosse algo irreal, sem cabimento, não teria sido aceite por países como Inglaterra, Grécia, entre outros.

No meu entender, a maternidade de substituição deveria ser legalizada. Deveria ser possível, dentro de determinados parâmetros. A desigualdade não deixaria de existir mas

seria reduzida. Falo em desigualdade porque do meu ponto de vista, a maternidade de substituição deverá ser só possível quando haja possibilidade do material biológico provir de um dos elementos do casal contratante porque, como já referi anteriormente, caso não seja possível existe a adoção que poderá colmatar a impossibilidade nestas situações.

Ao aceitar que a maternidade de substituição venha a ser legal, estou ciente que nem tudo poderá correr sempre bem. Poderemos encontrar algumas mulheres que irão aproveitar-se do facto para conseguirem algum dinheiro, de outras que no final da gestação se irão arrepender e a criança não será entregue, bem como as crianças poderão nascer com problemas e ninguém quererá assumir as suas obrigações. Mas cabe ao legislador prever todas estas situações para que de futuro possa resolvê-las da melhor forma tendo em consideração o melhor de forma a assegurar o superior interesse da criança, que no meio de todos estes problemas, não poderá sair prejudicada.

Terá que existir alterações à própria lei, porque o fundamento que mãe é a que dá à luz a criança não fará sentido neste contexto. Ter-se-á que ter em conta o verdadeiro o vínculo biológico que poderá ser de ambos os elementos do casal ou de apenas um. Logo, a presunção de que é o parto que indica quem é a mãe⁹³ será posto aqui em causa.

Ao legalizar-se a maternidade de substituição no nosso ordenamento jurídico, será necessário impor requisitos específicos tais como: ter que obrigatoriamente ser realizada de forma altruística, sendo apenas ressarcidas as despesas médicas; haver inicialmente uma preparação psicológica para a mulher que irá suportar a gravidez, de forma a estar preparada para todo este processo; e se houver casos de arrependimento (ou outros) ser solucionado com base no Direito da Família, que é o que mais se adequa para a sua resolução.

Acho que quando se lê/ouve uma notícia que conta que uma mulher foi barriga de aluguer da neta dando possibilidade à sua filha, que não conseguia ter filhos ser mãe⁹⁴, não se deixa de ficar contente por mais uma mulher conseguir ver o seu sonho realizado. Pelo menos, eu fico quando sou confrontada por notícias como esta.

Quero, com tudo o que escrevi até aqui, dizer que sou apologista de a maternidade de substituição ser permitida no nosso ordenamento jurídico. Com este feito, não estaremos a retroceder nos valores ético-sociais mas sim a avançar na sua evolução. Não se

⁹³ Art. 1796º n.º 1 C.C..

⁹⁴ http://www.cmjornal.xl.pt/insolitos/detalhe/avo_de_53_anos_deu_a_luz_a_propria_neta.html

estará a instrumentalizar o corpo da mulher, a incentivar a comercialização de crianças, nem a ferir a dignidade humana. Estar-se-á a evoluir, a dar um passo em frente com a ajuda da ciência biomédica, das soluções que são dadas por esta. A evolução faz parte da humanidade bem como o nascimento. E pelo facto de se legislar sobre este assunto, impondo requisitos e limitações, direitos e obrigações, será uma forma de se evitar problemas já conhecidos, tais como casais a terem que gastar centenas de euros para concretizarem o seu sonho porque no seu país não é legal, bem como evitar futuros problemas legais no momento do registo da criança.

Que a maternidade de substituição seja legalizada para a felicidade de muitas mulheres do nosso país. Que lhes seja dada uma oportunidade de realizarem os seus sonhos, porque de sonhos vivemos todos, o difícil é mesmo concretiza-los e no meio de tanta infelicidade, que haja uma boa notícia para ajudar no caminho difícil da vida.

BIBLIOGRAFIA

1. Referências bibliográficas:

- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª Edição (reimpressão da Edição 2004), Almedina.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *A dignidade da pessoa e fundamento dos direitos humanos*, in Revista Ordem dos Advogados, Ano 2008, Ano 68, Vol. I.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição (4ª reimpressão), Almedina.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007.
- COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008.
- LOUREIRO, João Carlos, *Filhos(s) de um gâmeta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direitos da Saúde, Ano 3, n.º 6, Julho/Dezembro 2006, Coimbra Editora.
- LOUREIRO, João Carlos, *Outro útero é possível: civilização (da técnica) corpo e procriação – tópicos de um roteiro em torno da maternidade de substituição*, in Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Politico-Criminais, 1.ª Edição, Coimbra Editora, Julho 2013.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5ª Edição, Coimbra Editora.

- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2010.
- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de, *Mãe há só uma (duas)! – contrato de gestação*, Coimbra Editora, 1992.
- PINTO, Carlos Alberto Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2005.
- RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe para mãe – Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra Editora, 2005.
- RAPOSO, Vera Lúcia, *Quando a cegonha chega por contrato*, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 88, Março 2012.
- REIS, Rafael Vale e, *Responsabilidade penal da procriação medicamente assistida – a criminalização do recurso à maternidade de substituição e outras opções legais duvidosas*, in Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7, n.º 13, Janeiro/Junho 2010, Coimbra Editora.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Direito da Família e das Sucessões – Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*, Coimbra Editora, 1999.

2. Referências Electrónicas

2.1 Notícias:

- <http://www.jornalmedico.pt/2015/09/11/pma-fez-nascer-mais-de-2-000-criancas-em-2013-menos-que-em-2012/>
- <http://lifestyle.sapo.pt/saude/noticias-saude/artigos/cerca-de-cinco-milhoes-de-criancas-ja-nasceram-por-fertilizacao-in-vitro>.
- <http://www.theguardian.com/australia-news/2015/jan/20/baby-gammy-born-into-thai-surrogacy-scandal-granted-australian-citizenship>

- http://www.cmjornal.xl.pt/insolitos/detalhe/avo_de_53_anos_deu_a_luz_a_propria_neta.html
- <http://www.dn.pt/portugal/interior/casal-autorizado-a-ter-bebemedicamento-para-salvar-filha-com-leucemia-4541961.html>
- <http://www.seg-social.pt/como-adotar>

2.2. Legislação

- http://www.parlamento.pt/Documents/XIILEG/Abril_2015/CASA2014.pdf
- <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=15080&lang=EN>
- http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_DL_319_86.pdf
- http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=11&tabela=leis
- <https://www.parlamento.pt/atividadeparlamentar/paginas/detalheIniciativa.aspx?BID=36633>
- <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292>
- <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>
- <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>
- <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1.pdf>
- http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054175_P051_ParecerDGPI.pdf

3. Legislação

- Constituição da República Portuguesa
- Código Civil
- Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho
- Código Registo Civil
- Convenção sobre os Direitos da Criança

- Carta dos Direitos Humanos

- Lei n.º 143/2015, de 8 de Setembro

- Lei n.º 12/2009, de 26 de Março

- Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho